

Extinção da punibilidade do delito de apropriação indébita previdenciária

Emerson de Aguiar Souza*

Sumário

Introdução; 2 Considerações contextuais; 3 Desenvolvimento da linha de inteligência; Conclusão, Referências.

Introdução

A atual redação do art. 168-A do Código Penal brasileiro, trazida à baila pela Lei 9.983, de 14 de julho de 2000, foi estatuída com o claro escopo de coagir as empresas a efetuarem o correto recolhimento de suas contribuições previdenciárias.

Sem olvidar a patente independência entre os mais diversos ramos da ciência e da própria positivação do Direito pátrio, há que se sobrelevar a importância da conduta do legislador ao incorrer na tipificação cada vez mais abrangente de ilícitos tributários, e isto mormente em face do alto grau de lesividade em determinados comportamentos encetados por cidadãos/contribuintes, os quais culminam por acarretarem vultoso dano para os interesses do erário público como um todo, em especial, para o déficit previdenciário que se avoluma com o perpassar do tempo.

Entretanto, afigura-se imperiosa, em momento anterior a quaisquer outras análises em derredor desta matéria, que se efetue a transcrição da norma incriminadora ora sob comento:

Art.168-A. Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas

contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§3º É Facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida denúncia, o pagamento da contribuição sócia previdenciária, inclusive acessórios;ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

2 Considerações contextuais

Num primeiro diapasão, comporta destacar que, para fins da caracterização do delito em tela (Art.168-A,CPB), propriamente dito, não se afigura suficiente, simplesmente, a mera ausência do repasse. Registre-se, nesse interregno, que a apontada mera ausência de recolhimento de tributo, consoante já sedimentado no corpo da jurisprudência federal mais abalizada, não configura delito de natureza tributária capaz de render ensejo ao *jus puniendi* estatal. Efetivamente, há que se sopesar, em cada hipótese concreta, a concorrência do dolo específico do agente, qual seja, de deixar deliberadamente de repassar os montantes correspondentes às contribuições previdenciárias, de forma a exbordar em dois consectários bem distintos, quais sejam, enriquecimento ilícito de sua parte e prejuízo para a esfera de interesses financeiros e patrimoniais da Previdência Social.

Feitas tais matizes de considerações, impõe-se consignar que assunto jungido à matéria ora sob comento, apto a gerar determinada densidade de celeuma jurídica, corresponde às hipóteses em que,

* Servidor da Subseção Judiciária de Itabuna – SJBA/TRF1. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.

não obstante verificada a incorrência do agente na prática delituosa ora em apreço, ainda assim militará em seu favor alguma das hipóteses de extinção da punibilidade inerentes à espécie criminal entelada.

O Código Penal estabelece causa especial de extinção da punibilidade para os crimes previstos no art. 168-A e seu §1º, qual seja,

[...] é extinta e punibilidade se o agente espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

3 Desenvolvimento da linha de inteligência

Entretanto, no ordenamento jurídico processual atualmente em vigor, mormente em face do teor da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, para a suspensão da pretensão punitiva estatal no período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estiver incluída no regime de parcelamento de débito, durante o qual não tem curso a prescrição.

Aqui, nesse ponto, cumpre a este signatário modestamente posicionar-se segundo a inteligência dos festejados doutrinadores Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, os quais prelecionam no moldes que se seguem: “O pagamento integral do débito extingue a punibilidade, não se exigindo que seja efetuado antes da ação fiscal ou da ação penal”

Nesse justo interregno, cabe uma digressão relevante e oportuna.

A exegese conferida ao tema jungido à extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito direciona no sentido de outorgar uma interpretação substancialmente mais extensiva a militar em prol dos interesses dos agentes responsáveis pela prática da figura típica do art. 168-A do CPB.

Esclarece-se.

Efetivamente, respeitados eventuais posicionamentos contrários, a jurisprudência e a doutrina atuais mais abalizadas, merecendo destaque as mais consolidadas decisões proferidas no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça e do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região corroboram fielmente a inteligência segundo a qual o pagamento integral do débito acarreta suspensão da exigibilidade, ainda na hipótese de ser efetuado após o oferecimento da denúncia.

Consiste, em realidade, dentro dessa linha de entendimento, em honrosa homenagem a corolários

basilares do sistema jurídico-constitucional em vigor, consagrados na Carta Magna, tais como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse passo, tenho por bem em trazer à lume excertos de recentes julgados cujas relatorias foram auferidas ao Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Arnaldo Esteves Lima, bem como ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Dr. Mário César Ribeiro, eis que prelecionam assazmente acerca do assunto ora sob comento, *ipsis litteris*

Penal. Apelação Criminal. Apropriação Indébita Previdenciária. Art.168-A do Cp. Pagamento Integral do Débito. Artigo 9º, § 2º, da Lei N. 10.684/2003. Extinção da Punibilidade.

1. O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal, por força do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei 10.684/2003, de eficácia retroativa por ser mais favorável ao réu. Precedentes do STJ e do STF.
2. Apelação provida para declarar extinta a punibilidade dos réus.

ACR 0036858-11.2004.4.01.3400/DF; Relator: Des. Federal Mário César Ribeiro. Quarta Turma. Publicação: 12/05/2010 e-DJF1, p. 73.

Penal e Processo Penal. Habeas Corpus. Apropriação Indébita Previdenciária e Sonegação Previdenciária. Pagamento Integral do Débito. Efeitos Penais Regidos Pelo Art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003. Extinção da Punibilidade. Inépcia da Denúncia. Pacientes Gestores e Administradores da Empresa. Ordem Parcialmente Concedida.

1. Com a edição da Lei 10.684/2003, deu-se nova disciplina aos efeitos penais do pagamento do tributo, nos casos dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e 168-A e 337-A do Código Penal. 2. Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuições sociais, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade, nos termos do 9º, § 2º, da Lei 10.684/03. 3. Não se pode ter por inépta a denúncia que descreve fatos penalmente típicos e aponta, mesmo que de forma geral, as condutas dos pacientes, o resultado, a subsunção, o nexo causal (teorias causalista e finalista) e o nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa, máxime se tratando de crime societário onde a jurisprudência tem abrandado a exigência de uma descrição pormenorizada das condutas. 4. Ordem parcialmente concedida para determinar o trancamento da ação penal, exclusivamente, em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária.

HC 200701353470; rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. STJ. Quinta Turma. Fonte *DJe*. Data: 03/11/2009.

Conclusão

Concluindo, é de se ter por indubitado que a iniciativa legislativa de tipificar criminalmente a conduta correspondente à apropriação indébita especificamente previdenciária rende espaço à ilação de que o bem jurídico tutelado, qual seja, a incolumidade da esfera de interesses financeiros e patrimoniais da Previdência Social, está a desfiar, cada vez mais, condutas legiferantes a serem, efetivamente, encetadas pelos legisladores infraconstitucionais, dada a relevância da ordem previdenciária para toda a coletividade, uma vez patente a influência da conjuntura do sistema previdenciário a repercutir, de forma determinante, inclusive, nos dados estatísticos da macro-economia nacional.

Ao final, de outro diapasão, diametralmente diverso, afigura-se absolutamente oportuna e adequada a exegese que vem sendo outorgada pelos pretórios federais à amplitude da hipótese de extinção da punibilidade em caso de pagamento integral do débito, como forma de pautar-se o ordenamento

segundo a linha de princípios e preceitos por si firmados, tais como o da razoabilidade e proporcionalidade, de forma derradeira, portanto, a não exbordar a postura inibitória estatal em ocasião para manejo desnecessário da máquina judiciária, especificamente nas situações em que o agente, espontaneamente, houver por bem em efetuar o pagamento de todas as contribuições, importâncias e valores devidos à previdência social, ainda que em momento posterior ao oferecimento da denúncia.

De tais vértices, emerge cristalino o louvável encetamento de diligências jurídico-processuais concebidas de forma racional e harmônica, de molde a propiciar um combate eficaz e, ao mesmo tempo, sem olvidar parâmetros de sensatez, no que se refere à prática delituosa ora em apreço.

Referências

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. Niterói: Editora Impetus, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.